

RESPONSABILIDADE CIVIL – CAUSALIDADE ALTERNATIVA

Cassia Gomes da Silva Monteiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, como exigência para finalização do Curso de Mestrado em Direito – área de especialização em Ciências Jurídico-Privatísticas – e obtenção do Grau de Mestre, realizada sob a orientação do **Exmo. Senhor Professor Doutor Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada**

2014

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central o estudo acerca da imputação da responsabilidade civil nos casos de causalidade alternativa.

Falta uma solução expressa na legislação portuguesa para estes casos. Em contrapartida, hodiernamente é possível encontrar casos de causalidade alternativa em diversas oportunidades.

Desta forma, pretende-se, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, encontrar e defender uma solução justa e razoável para que a vítima tenha possibilidades de transferir o dano sofrido aos prováveis lesantes – baseando-se, sobretudo, no risco criado –, sem que, para isto, sejam desrespeitados os limites impostos pelo instituto da responsabilidade civil.

ABSTRACT

This investigation has like main object the study of the imputation of liability in cases of alternative causation.

There is no an explicit solution in the Portuguese legislation on the subject. On the other hand, currently it is possible to find cases of alternative causation on several occasions.

Thus, throughout the development of this investigation, the search is made in order to find and sustain a fair and reasonable solution so that the victim has possibilities to transfer the damage suffered to the probables tortfeasors – based mainly on the risk created –, without being disrespected the limits imposed by the Tort Law.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me acompanharam e me deram suporte desde o início do curso de mestrado.

Entretanto, faço agradecimentos especiais:

- Ao meu marido Edgar que sempre está presente e apoia incondicionalmente minhas decisões e sonhos e, acima de tudo, vibra com minhas realizações com muito carinho;
- À minha família que, mesmo de longe, sempre me incentiva e me dá força e base para os meus estudos;
- Ao meu orientador, Professor Doutor Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, pela disponibilidade contínua durante os meus estudos e elaboração do presente trabalho, e, sobretudo, pelas valiosas orientações dadas e experiências compartilhadas.

ÍNDICE

1.	INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	5
1.1.	O PROBLEMA DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA E AS OUTRAS MODALIDADES DE CONCURSO DE CAUSAS.....	5
1.2.	A FALTA DE SOLUÇÃO EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	7
1.3.	UMA BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	7
1.4.	SOLUÇÕES EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS	9
1.4.1.	ALEMANHA.....	9
1.4.2.	ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	11
1.4.3.	BRASIL.....	12
2.	VIAS POSSÍVEIS PARA A SOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA E SUAS LIMITAÇÕES	15
2.1.	NEXO DE CAUSALIDADE E AS TEORIAS RELACIONADAS.....	15
2.2.	PROVA	19
2.3.	INTERPRETAÇÃO E ANALOGIA.....	23
2.3.1.	NOÇÕES GERAIS	23
2.3.2.	RESPONSABILIDADE CIVIL EM QUESTÕES AMBIENTAIS	27
2.3.3.	RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR.....	31
2.3.4.	RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS MÉDICOS	33
2.3.5.	ARTIGO 493º/2 DO CÓDIGO CIVIL – ATIVIDADES PERIGOSAS.....	34
2.3.6.	ARTIGO 497º DO CÓDIGO CIVIL – SOLIDARIEDADE DOS RESPONSÁVEIS	36
2.4.	EUROPEAN GROUP ON TORT LAW – PRINCÍPIOS DE DIREITO EUROPEU DA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
3.	SOLUÇÃO PRECONIZADA.....	40
4.	CONCLUSÃO	43
5.	BIBLIOGRAFIA.....	45

1. INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Embora a legislação portuguesa não apresente uma determinação expressa acerca do tema, não se pode negar a importância de se encontrar uma solução equilibrada visando a imputação de responsabilidade civil nos casos de causalidade alternativa.

Atualmente, sobretudo, mas não exclusivamente, em razão do grau de desenvolvimento e conseqüente complexidade das grandes empresas e do mercado, estão cada vez mais presentes situações em que o lesado se vê impossibilitado de identificar quem, dentro de um determinado grupo de pessoas, é o responsável pelo dano que sofreu.

A título de exemplo, visualizamos situações deste género (de causalidade alternativa) quando da atuação de indústrias de tabaco, de medicamentos, bem como em danos ambientais causados por grandes indústrias.

Assim, neste âmbito, surgem-nos questões como: 1) É possível imputar o dano a outrem ou a vítima deverá suportar os prejuízos? 2) Seria possível flexibilizar a prova de nexo de causalidade, admitindo-se como tal apenas uma presunção/uma probabilidade de que determinadas pessoas foram os causadores? 3) Seria possível haver a inversão do ónus da prova? 4) É justo o lesado arcar com os prejuízos? 5) Em contrapartida, seria justo imputar a um inocente um dano que não causou? 6) E, ainda, caso seja possível a imputação da responsabilidade civil aos prováveis lesantes, em que medida cada provável responsável responderá pelos danos (responsabilidade solidária ou apenas por uma parte)?

Pretendemos com a presente pesquisa ir a procura de respostas para estas questões.

1.1. O PROBLEMA DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA E AS OUTRAS MODALIDADES DE CONCURSO DE CAUSAS

Antes de mergulharmos nas hipóteses de solução para o nosso problema, convém delinear-mos quando estamos diante da causalidade alternativa estudada no presente trabalho, distinguindo-a de outras formas de concurso de causas¹.

Uma das possíveis pluralidades de factos é o caso da **causalidade cumulativa**.

¹ Esta delimitação faz-se importante sobretudo pelas divergências de nomenclaturas encontradas na doutrina.

Estamos diante da causalidade cumulativa quando as ações de mais de um sujeito contribuem para a ocorrência do dano, sendo que quaisquer das condutas são passíveis, por si só, de ocasionar o dano².

Podemos trazer como exemplos desta situação as hipóteses narradas por Antunes Varela³ nas quais: a) *A e B disparam ao mesmo tempo sobre C, sendo mortal qualquer dos tiros*; e b) *no caso de A e B terem lançado simultaneamente despejos ou substâncias corrosivas numa corrente, que provocaram a morte de grande quantidade de peixe*.

Uma outra possibilidade de concurso é o **necessário**, no qual duas ações são causadoras do dano conjuntamente, vale dizer, sem a existência de quaisquer das ações não se verificaria o dano.

Para visualizar esta situação, na prática, trazemos o exemplo dado por António Menezes Cordeiro⁴ onde *António e Bento agridem conjuntamente Carlos, assim conseguindo a sua morte*. Neste caso, ambas as lesões contribuem para a morte e possibilitam a mesma em razão de terem sido praticadas em conjunto.

Por fim, ocorre a **causalidade alternativa** – objeto do nosso trabalho – quando podemos afirmar que, indubitavelmente, dentro de um determinado grupo de pessoas está o causador de um dano, mas não é possível determinar precisamente quem é o efetivo lesante.

Exemplo clássico de causalidade alternativa é o caso do caçador *Summers v. Tice*. Neste caso, Summers, durante uma caçada, foi atingido por um dos seus companheiros no olho. No entanto, não foi possível provar qual dos companheiros disparou o tiro que acertou a vítima.

Diante da delimitação supra, constatamos que nos dois primeiros casos (causalidade cumulativa e necessária) não há, a princípio, maiores problemas quanto à demonstração do nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o dano causado e, portanto, quanto à consequente aplicação do instituto da responsabilidade civil. A questão insurge-se quando estamos diante da causalidade alternativa, sendo esta, assim, a problemática central de nosso trabalho.

² Neste sentido, disserta FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1998, p. 24, nota (5), bem como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, 2º volume: Direito das Obrigações, Tomo III: Gestão de Negócios, Enriquecimento Sem Causa, Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 739.

³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição revista e atualizada (8ª reimpressão da 10ª edição de 2000), Almedina, Coimbra, 2011, nota 1, p. 884.

⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., p. 739.

1.2. A FALTA DE SOLUÇÃO EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Não há no Código Civil português um preceito que resolva expressamente a questão da causalidade alternativa. Ou seja, não está estabelecida na legislação, de forma expressa e direta, a possibilidade de imputação de danos aos prováveis lesantes quando estivermos diante da causalidade alternativa.

Ainda, dificultando a possibilidade de reparação de danos nos casos de causalidade alternativa, conforme extraído dos artigos 483º e 563º do Código Civil, um dos requisitos para que haja reparação do dano é a existência de nexo de causalidade entre um facto imputado ao agente e a lesão. Em outras palavras, para que surja o dever de indemnizar é necessária a comprovação de que a conduta de alguém (ou a omissão em determinadas situações) é a causa do dano.

Entretanto, a discussão que se coloca acerca do nexo de causalidade é quais são os termos e quais são os limites para que um facto possa ser efetivamente considerado causa de um dano sofrido. Trataremos no item 2.1. com maior profundidade das questões atinentes ao nexo causal – oportunidade que consideramos ser mais adequada para discorrer acerca deste tema.

Para já, ficamos, então, com a certeza da falta de tratamento expreso ao problema da causalidade alternativa e com este obstáculo colocado pelo nexo causal.

1.3. UMA BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Entendemos que as funções atribuídas à responsabilidade civil vão de encontro com a imputação da mesma aos prováveis lesantes nos casos de causalidade alternativa. Ou seja, a atribuição da obrigação de indemnizar aos prováveis lesantes corresponderia ao cumprimento das funções outorgadas à responsabilidade civil.

Certamente, podemos afirmar que a função primordial da responsabilidade civil é a função de reparação – função esta evidenciada pelo nascimento da obrigação de indemnizar os danos sofridos pelo lesado, seja esta indemnização em forma de reconstituição natural ou

dinheiro, conforme estabelece o artigo 566º do Código Civil. Obviamente, nos casos de causalidade alternativa a responsabilidade civil também terá como principal função a reparação dos danos sofridos pela vítima.

No entanto, esta função reparatória principal não exclui uma função (acessória) preventiva e repressiva da responsabilidade civil⁵. Podemos afirmar isto tanto no âmbito da responsabilidade civil em geral, como na esfera mais específica das hipóteses de causalidade alternativa.

Vaz Serra⁶, nos estudos preparatórios para o Código Civil vigente, ressalta a existência de uma função preventiva da responsabilidade civil no momento em que, por regra, a mesma seja baseada na culpa do autor do dano. Neste sentido escreve que *com o critério da culpa, se dá à responsabilidade um valor educativo, por promover o desenvolvimento da atenção e vigilância das pessoas*.

Antunes Varela⁷, por sua vez, também reconhece a existência de uma função preventiva ou repressiva tendo em vista que: a) a reparação por responsabilidade civil, por regra, se dá em razão de culpa do agente; b) a indemnização proveniente da responsabilidade civil oscila conforme o grau de culpabilidade do agente; c) a divisão da indemnização entre os

⁵ Neste mesmo sentido afirma o autor ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral...*, cit., p.542, quando disserta que ... *embora a responsabilidade civil exerça uma função essencialmente 'reparadora' ou 'indemnizatória', não deixa de desempenhar, 'acessória' ou 'subordinadamente', uma função de carácter 'preventivo', 'sancionatório' ou 'repressivo', como se demonstra através de vários aspectos do seu regime*. Ainda, JORGE SINDE MONTEIRO, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil – I – Introdução; II – Responsabilidade por Culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes; (propostas de alteração dos artigos 503º a 508º do Código Civil e ao Decreto-Lei n.º 408/79, de 25 de Setembro; considerações em torno da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito)*, Coimbra, 1983, pp. 30 e 31, escreve: *Mas não só neste aspecto o seguro de responsabilidade «mexe» com a concepção tradicional do instituto. É que tradicionalmente entende-se que à responsabilidade civil cabe não só uma função reparadora mas também sancionatória (e preventiva). Ora, na medida em que os próprios actos culposos são cobertos pelo seguro – medida aliás extremamente larga, pois a inexistência, em princípio, de recurso do segurador contra o segurado, é da própria essência do instituto –, este segundo momento apaga-se e a responsabilidade fica transformada em mero instrumento de reparação. Com isto, o instituto perde muito da sua razão de ser. Não é acessório lembrar que nestes temas da responsabilidade o substrato moral continua a desempenhar um papel fundamental, desde logo como argumento contra os adversários. Quando pois ela perde algo desse substrato, perde algo de essencial. Da responsabilidade civil já dificilmente se poderá dizer que é a «grandeza do homem» no momento em que (ou nos domínios em que) de técnica destinada a fazer suportar a uma pessoa as consequências do mal causado a outrem tende a transformar-se em mera obrigação de pagar um prémio de seguro*. Por fim, também trazemos o entendimento de INOCÊNCIO GALÃO TELES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997, p. 418, quanto a existência de uma função preventiva/sancionatória na responsabilidade civil: *A responsabilidade civil exerce uma função reparadora, destinando-se, como se destina, a reparar ou indemnizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função sancionatória, sempre que na sua base se encontra um acto ilícito ou culposos, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reacção do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável*.

⁶ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Estudos – Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)*, in Boletim do Ministério da Justiça, 090, ano 1959, p. 7

⁷ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral...*, cit., pp. 542 a 544.

responsáveis pelo dano se dá na medida de suas culpas; d) quando há culpa do lesado, a indenização se dá consoante a gravidade das culpas de cada um; e e) o sistema demonstra a irrelevância negativa da causa virtual do dano.

Esta evidência de uma função preventiva e repressiva conforme supramencionado incentiva a continuidade de nossa procura por uma solução para os casos de causalidade alternativa.

A reparação de um dano por aquele que gerou um risco para que outrem sofresse um dano, a nosso ver, não se demonstra injusto e coaduna com tal função preventiva e repressiva da responsabilidade civil. Em outras palavras, a imputação de um dano àqueles que criaram um risco iria de encontro à justiça – função primordial do Direito como um todo – e, mais especificamente, à função secundária de prevenção do instituto da responsabilidade civil.

A não aplicação da responsabilidade civil nas hipóteses de causalidade alternativa em razão da ausência de uma norma expressa para tanto significaria privilegiar o efetivo lesante e aqueles que tornaram a vítima vulnerável ao dano em razão de, de algum modo, a ter envolvido em um ambiente de risco. Ainda, isto implicaria negar à responsabilidade civil o cumprimento de sua função preventiva no sistema jurídico e incentivaria a continuidade de condutas condenáveis como as dos prováveis agentes.

1.4. SOLUÇÕES EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

1.4.1. ALEMANHA

O Código Civil Alemão (BGB) estipula uma regra genérica para as hipóteses em que temos vários agentes atuantes num ato ilícito mas há a incerteza de quem, dentre tais agentes, foi o causador do dano. Prevê o Código Civil Alemão (BGB), em seu § 830⁸:

⁸ Tradução livre e sublinhado nosso.

Se mais de uma pessoa tiver causado danos por um ato ilícito conjunto, cada um deles é responsável pelo dano. O mesmo aplica-se se não é possível estabelecer quem, dentre os vários envolvidos, causou o dano por sua ação.

Desta forma, em obediência à norma alemã, diante da incerteza acerca do efetivo causador do dano, mas da potencialidade de cada um dos envolvidos ser o lesante por estarem envolvidos no ato ilícito, todos os atuantes seriam responsabilizados pelo dano. Conforme Vaz Serra⁹, esta responsabilidade é fundada, *não no facto material diretamente causador do dano, mas na atitude anterior perigosa comum.*

Ainda, esta responsabilidade, conforme estabelece o § 840 do BGB, é uma responsabilidade solidária.

Entre nós, a aplicação da solução alemã no ordenamento português recebeu algumas críticas, tais como de Menezes Cordeiro¹⁰, de Vaz Serra¹¹ e de Pereira Coelho¹².

Menezes Cordeiro disserta no sentido de que, não havendo norma expressa no ordenamento português semelhante ao § 830 do Código Civil Alemão (BGB), não é possível a aplicação dos artigos 497º e 490º do Código Civil nos casos de concurso alternativo. Para o autor, a culpa não pode ser comprovada nestes casos – conforme exige o artigo 487º do Código Civil – haja vista ser desconhecido qual o comportamento foi o causador do dano. Ainda, mesmo nos casos previstos na lei de presunção de culpa, a mesma não é passível de aplicação *por não ser possível elucidar contra quem funciona tal presunção.*

Vaz Serra, por sua vez, admite que a solução dada pelo Código Civil Alemão (BGB) para os casos de causalidade alternativa poderá ser excessiva, tendo em vista que alguém que não causou o dano poderá ser responsabilizado. Porém, o autor não concorda com a ideia de, por falta de norma expressa, o lesado ficar sem indemnização *quando é certo haver um culpado causador do dano.* Desta feita, Vaz Serra propõe uma solução – que entendemos ser intermediária – no sentido de estabelecer-se uma presunção de culpa daqueles que tiverem participado de uma conduta perigosa, exonerando-os caso fique provado *a ausência de culpa no facto causador do dano.*

⁹ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Estudos – Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, in Boletim do Ministério da Justiça, 085, ano 1959, p. 138.

¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., p. 740.

¹¹ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Estudos – Responsabilidade contratual...*, cit., p. 138.

¹² FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual...*, cit., p. 24, nota (5).

Por fim, Pereira Coelho não aceita a disposição do Código Civil Alemão (BGB), justificando que com a mesma *satisfaz-se a vítima, mas pelo preço caro do sacrifício dum inculpado*.

1.4.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Para resolver a questão da causalidade alternativa, surgiu nos Estados Unidos a teoria do *market share liability*. Para analisarmos, abaixo discorreremos acerca de um caso conhecido no qual houve a aplicação da referida teoria: *Sindell v. Abbott Laboratories*.

Em síntese¹³, tal caso envolvia o medicamento DES (*diethylstilbestrol*). Milhares de mulheres foram medicadas com o DES tendo em vista o risco de aborto. Após alguns anos, comprovou-se, por meios de estudos realizados, que o referido medicamento causou graves problemas à saúde de filhos das mulheres medicadas. Alguns filhos das mães medicadas com o DES (Sindell e outros), embora não conseguissem identificar efetivamente o produtor do medicamento consumido por suas mães, propuseram uma ação contra vários laboratórios fabricantes de tal medicamento. Diante do caso, o Supremo Tribunal da Califórnia condenou, mediante a aplicação da teoria do *market share liability*, os laboratórios a indenizar os danos causados pelo medicamento, independentemente da comprovação do nexo de causalidade, com base na quota de mercado que cada um possuía.

As vítimas, no caso em análise, comprovaram que os danos advieram do medicamento, mas não comprovaram qual (ou quais) dos laboratórios produziu (produziram) os medicamentos ingeridos por suas mães.

A teoria, sem dúvida, leva em consideração o risco criado pelos prováveis lesantes. Os fabricantes do medicamento DES, no nosso caso em apreço, expuseram os consumidores ao risco de consumir o medicamento que, comprovadamente, causaram o dano às vítimas.

¹³ Síntese elaborada com base nas informações contidas em DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 192 a 200.

De acordo com Diana Montenegro da Silveira¹⁴, esta teoria permite que os produtores possam afastar a sua responsabilidade desde que provem que não são os fabricantes dos produtos causadores do dano.

A autora também ressalta algumas críticas levantadas pela doutrina e jurisprudência dos EUA e de outros países, a exemplo de: a) a teoria permite a condenação de produtores sem que haja qualquer prova de que seu produto é o causador do dano; b) a teoria não incentiva a pesquisa e o consequente desenvolvimento de novos fármacos; c) as seguradoras não estão dispostas a suportar riscos imprevisíveis.

Ainda, a favor das vítimas, a autora levantou objeções à teoria no sentido de que a mesma não protege os lesados na sua totalidade visto que: a) os produtores não são solidariamente responsáveis (cada um responde tão-somente à sua quota de mercado, independentemente da solvência ou não dos demais produtores); b) para que seja possível, senão a totalidade, grande parte do ressarcimento dos prejuízos, é necessário que o lesado identifique e coloque no pólo passivo o maior número possível de prováveis responsáveis.

Sob nossa ótica, aceitamos que a teoria afaste a dificuldade de prova da vítima e aplique a justiça. Entretanto, além de concordar com as críticas supramencionadas, a teoria do *market share liability* não resolve a questão da causalidade alternativa como um todo haja vista que abarca somente o meio industrial e, ainda, carece de fundamento para aplicação integral no ordenamento português – conforme será demonstrado no decorrer e na solução sugerida para o caso no presente trabalho.

1.4.3. BRASIL

No Brasil, a questão da causalidade alternativa também é denominada como responsabilidade de grupo ou coletiva. Ainda, Silvio Rodrigues¹⁵ trata da questão utilizando-se da expressão *culpa coletiva*.

¹⁴ DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 198.

¹⁵ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil – Responsabilidade Civil* – Volume 4, 20ª edição, revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), Editora Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 153 e 154. O autor, de forma breve, disserta sobre o tema, posicionando-se contra a aplicação da responsabilidade ao grupo no caso de impossibilidade de identificação do causador do dano, conforme segue: *No que concerne à noção de*

Assim como ocorre no ordenamento português, a legislação brasileira também não trata do problema de forma direta e expressa. No entanto, é possível extrair da interpretação da lei e na jurisprudência alguns aspectos que auxiliam no tema.

Encontramos, ainda que não de forma unânime, decisões judiciais favoráveis à imputação de responsabilidade aos prováveis autores do dano.

A exemplo disto¹⁶, temos uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁷. Em suma, algumas empresas foram contratadas para cortar árvores, sendo que o número limite de árvores a serem cortadas foi previamente acordado entre as partes. Entretanto, alguma(s) da(s) empresa(s) derrubou(aram) árvores além do limite estipulado e, na impossibilidade de se identificar o efetivo infrator contratual, todos foram condenados a indenizar, de forma solidária.

Entretanto, a decisão acima foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸.

‘culpa coletiva’, a tendência no sentido de acolhê-la é mais restrita, embora sua eventual admissão represente enfática ampliação da noção de culpa. ALVINO LIMA a notícia.

Refere-se o professor paulista à divergência de soluções surgidas na doutrina e na jurisprudência francesa a respeito da responsabilidade de duas ou mais pessoas por a dano causado a outrem, sem que se possa precisar qual foi o autor do ato que o gerou. O exemplo clássico é o do grupo de caçadores que, atirando ao mesmo tempo, atinge outro caçador ou terceira pessoa, sem que se possa apurar quem foi o autor do disparo fatídico.

A opinião dominante, segundo ensina ALVINO LIMA, é a que tem concluído pela irresponsabilidade dos componentes do grupo, salvo se houver prova de culpa de todos na organização da caçada. Entretanto, informa esse mestre, tem-se decidido e sustentado a opinião oposta, responsabilizando-se todos os componentes do grupo. Na Corte de Bordéus, de 3 de outubro de 1936, proclamando a responsabilidade de todos os caçadores, presumida a existência de uma culpa coletiva, em virtude da “formação em condições de visibilidade evidentemente insuficiente, de uma zona perigosa, que lhes era comum”.

Certamente é inacolhível a idéia de uma responsabilidade comum, por ato individual de um dos participantes de um grupo, do qual partiu o ato danoso, apenas porque não se conseguiu provar quem foi o autor do ato ilícito; mas a mera idéia de se contemplar a hipótese revela a preocupação de ampliar o conceito tradicional de culpa e de facilitar a obtenção do ressarcimento por parte do prejudicado.

¹⁶ Os exemplos ora trazidos foram retirados do artigo de CAITLIN MULHOLAND, *Alternative causation, unidentifiable tortfeasors, and group liability: a case study in* Revista Eletrônica de Direito Civil – civilística.com, a.2.n3.2013, pp. 15-18.

¹⁷ Acórdão nº 21062, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vilela Amaral Braga, julgado em 08/11/1973, cuja ementa segue:

Venda de pinheiros - Número certo - Réus que, comprovadamente, cortaram a mais - Dever de indenizar - Desconhecendo-se qual dos réus praticou o ilícito, há solidariedade - Arts. 904 e 1.518 do Código Civil - Agravo no auto do processo desacolhido - Procedência parcial da ação.

¹⁸ Primeira Turma, RE 86446, Relator Antônio Neder, julgado em 14/06/1977, cuja ementa segue: *CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE TORCEDOR APÓS PARTIDA DE FUTEBOL POR GRUPO DO TIME RIVAL. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JURI. EFEITO SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. ARTS. 1.525 DO CC E 66 E 386 DO CPP. INCOMPATIBILIDADE PARCIAL.*

I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Juri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do Código Civil quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente.

II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato – e aqui ele ocorreu – permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar.

Outro exemplo, é a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça referente à briga entre claque rivais que ocasionou uma morte¹⁹.

No caso acima, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os envolvidos na briga deveriam ser responsabilizados pela morte do adepto, embora não se tenha provado qual integrante do grupo tivesse ocasionado, efetivamente, a morte da vítima. O acórdão baseou-se no voto de um dos desembargadores que conduziu a decisão do tribunal de justiça *a quo*, o qual afirmava que *qualquer dos demandados poderia ter causado o dano. Mas independentemente de qualquer deles ter, efetivamente, causado o dano, todos, sem dúvida nenhuma, concorreram para que o dano se produzisse, pelo simples fato da participação na briga. Aqui se argumenta, por exemplo na apelação, relativamente a um dos demandados, que ele não empunhava trama de cerca, nem moirão, apenas um graveto leve que não poderia produzir lesões de maior gravidade. Dentro da idéia da causalidade alternativa isto é irrelevante, não importa se ele poderia ter sido o autor do dano, ele concorreu para que o dano se produzisse pelo simples fato da sua participação perigosa que se desenvolvia.*

Além de alguma jurisprudência favorável à imputação de responsabilidade civil aos prováveis lesantes na causalidade alternativa, um outro ponto interessante pode ser retirado da legislação brasileira.

Trazemos, assim fim, o artigo 938º do Código Civil Brasileiro, o qual estabelece que *aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.*

De tal dispositivo, podemos extrair a ideia de que haverá imputação de responsabilidade civil no caso de causalidade alternativa. Isto é, na hipótese de não se identificar o responsável pelo dano, o grupo, no qual o efetivo lesante está incluído – neste caso, o condomínio –, será responsabilizado. Neste sentido, encontramos jurisprudência²⁰, que

III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias – em 1º grau até antes da decisão criminal – mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede o pedido indenizatório relativamente aos responsáveis.

IV. Recurso especial não conhecido.

¹⁹ 4ª Turma, REsp 26975, Relator Aldir Passarinho Junior, julgado em 18/12/2001.

²⁰ Exemplos de jurisprudência encontrada:

I) REsp 64682/RJ; Relator: Bueno de Souza; Órgão Julgador: Quarta Turma; Data do Julgamento: 10/11/1998, cuja ementa ora segue:

RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO.

A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados à terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido.

exige como elemento fundamental para responsabilização do condomínio mediante aplicação do artigo 938º, a impossibilidade de se conhecer quem é o efetivo causador do dano²¹.

2. VIAS POSSÍVEIS PARA A SOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA E SUAS LIMITAÇÕES

A seguir analisaremos algumas hipóteses de solução para o nosso problema central, avaliando se é possível a reparação do lesado nos casos de causalidade alternativa mediante a utilização do instituto da responsabilidade civil, bem como evidenciando as eventuais limitações de cada solução proposta.

2.1. NEXO DE CAUSALIDADE E AS TEORIAS RELACIONADAS

Nosso primeiro ponto a ser avaliado é referente ao nexo de causalidade.

A questão da causalidade alternativa, objeto de nosso estudo, gira em torno da dificuldade em estabelecer o nexo causal. Deste modo, faremos uma análise deste pressuposto da responsabilidade civil com a finalidade de verificar se podemos encontrar uma solução neste âmbito, sanando tal dificuldade.

O artigo 563º do Código Civil determina que há obrigação de indenizar os danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se o facto lesivo não tivesse ocorrido.

II) REsp 246830/SP ; Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros; Órgão Julgador: Terceira Turma; Data do Julgamento: 22/02/2005, cuja ementa segue:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DIREITO DE VIZINHANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - CONDOMÍNIO - PRESCRIÇÃO - JULGAMENTO ALÉM DO PEDIDO - MULTA COMINATÓRIA - FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS – SENTENÇA - CONDIÇÃO.

1. Na impossibilidade de identificar o causador, o condomínio responde pelos danos resultantes de objetos lançados sobre prédio vizinho.

2. A pretensão cominatória para inibir fatos que se prolongam no tempo e ainda persistem não está prescrita.

3. Se o autor não pleiteia indenização por danos morais, não é lícito ao julgador condenar o réu em tal verba. Os pedidos se interpretam restritivamente.

4. A proibição legal quanto à vinculação do salário mínimo para qualquer fim não impede seu uso como referência para aplicação de multa.

5. A aplicação de multa pelo descumprimento da ordem judicial é da natureza da pretensão cominatória.

²¹ Em consonância com CAITLIN MULHOLAND, *Alternative causation...*, cit., p. 8.

Como dissemos, trata-se o nexo causal de um dos pressupostos da responsabilidade civil – o que significa dizer que, como regra geral, para que seja imputada a responsabilidade civil a alguém, mister se faz comprovar que há uma ligação (nexo) entre a conduta do lesante e o dano sofrido pelo lesado.

O problema está em determinar qual a força que esta ligação deve ter para que seja considerada nexo de causal do dano.

Para melhor compreensão deste problema, citamos abaixo um exemplo clássico – dado António Menezes Cordeiro²²:

Um lavrador compra, por são, uma vaca doente; ignorando a ocorrência, o comprador mistura a vaca doente com as suas outras vacas: morre toda a manada; por força disso, não pode cultivar a sua terra. Não houve colheita, ficando o lavrador impossibilitado de pagar as dívidas que contraíra, sendo todos os seus bens vendidos ao desbarato.

No exemplo acima, o vendedor da vaca doente responde por quais danos? Responderá ele somente pela morte da vaca doente, ou também pela morte da manada e pelos bens do lavrador vendidos ao desbarato? Para fins de atribuição de responsabilidade civil, quais os danos foram alcançados com a sua conduta?

Como resposta a este problema e para melhor definir o que é o nexo de causalidade na responsabilidade civil, surgiram diversas teorias clássicas na doutrina.

Abaixo analisaremos algumas teorias utilizadas para delimitar o nexo causal, avaliando, ao final, se por meio de alguma delas podemos superar a questão nos casos de causalidade alternativa.

Uma das teorias é a **teoria da *conditio sine qua non*** – também denominada teoria da equivalência das condições –, a qual determina que haverá nexo de causalidade sempre que a conduta seja condição necessária para a ocorrência do dano. Vale dizer que, neste âmbito, será causa do dano todas as condutas que tiverem contribuído para a sua produção.

De acordo com esta teoria, no exemplo que demos acima do lavrador, o vendedor da vaca doente seria responsável por todos os danos seguintes a venda da vaca, entendendo-se que, se o mesmo não a tivesse vendido doente, o lavrador não teria sofrido tais danos.

²² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., p. 531.

Temos outra teoria denominada **teoria da última condição** ou **teoria da causa próxima**, a qual estabelece que somente a última condição necessária corresponde à causa do dano.

Assim, neste caso, no exemplo do lavrador, o vendedor da vaca doente apenas seria responsável pela vaca doente e não com relação aos demais danos que se seguiram.

Ainda, podemos mencionar a **teoria da causa eficiente**, a qual valoriza a causa com maior eficácia para produção do dano, ou seja, aqui não importa a ordem de ocorrência dos eventos, mas sim a força, a eficiência dos mesmos para que o dano seja produzido. Em outras palavras, a causa do evento seria aquele com maior eficácia para gerar a lesão.

Entendemos, tal como António Menezes Cordeiro²³, que a teoria da causa eficiente é de difícil aplicação haja vista a dificuldade de determinar a eficácia de cada evento. Continuamos aqui num campo demasiado subjetivo.

No exemplo do lavrador, permanece-nos a dificuldade de determinar os eventos eficazes para cada dano sofrido.

A doutrina também definiu a **teoria do fim da norma violada**. Tal teoria determina que para averiguação do nexo causal é preciso avaliar se os danos surgidos do evento frustram o objeto que a norma tinha como intuito salvaguardar. Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão²⁴ demonstra preferência por esta teoria.

Por fim, a **teoria da causalidade adequada** consagra que há nexo de causalidade entre um evento e um dano se o primeiro é, em circunstâncias normais esperadas, condição adequada a produzir a lesão.

A adequação de uma causa deve ser avaliada caso a caso, tomando-se em conta a realidade.

Galvão Telles²⁵ definiu a doutrina da causalidade adequada da seguinte forma: *Determinada acção ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderá conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, à face da experiência normal comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar.*

²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., p. 532.

²⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p.362.

²⁵ Citado por ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1º a 761º)*, 4ª Edição Revista e Atualizada (com colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 1987, p. 578.

A teoria da causalidade adequada é defendida por grande parte da doutrina, incluindo autores como Vaz Serra²⁶, Antunes Varela e Pires de Lima²⁷, além de ser seguida largamente pela jurisprudência.

A nosso ver, entendemos que apenas esta última teoria (da causalidade adequada) possa ser aproveitada para afirmar a existência do nexo causal nas hipóteses de causalidade alternativa.

Embora a teoria da causalidade adequada não preceitue expressamente que há possibilidade de haver nexo causal entre a conduta dos prováveis lesantes e a lesão, poderá não afastar tal possibilidade se partirmos do pressuposto que:

- 1) De certa forma, a conduta dos prováveis lesantes não é indiferente ao dano haja vista que todas elas colocaram o lesado em risco ou aumentaram o risco já existente para produção da lesão; e
- 2) Há grande probabilidade das condutas dos mesmos terem originado o dano.

No que tange ao ponto 1) acima, a teoria da causalidade alternativa estipula que o evento não poderá ser completamente indiferente à produção do dano. Na causalidade alternativa, por sua vez, os prováveis lesantes são responsáveis por colocar o lesado num círculo de risco, podendo cada um deles ser efetivamente o causador do dano.

Vaz Serra²⁸ formula o que se deve entender por eventos indiferentes à produção do dano da seguinte forma: *É indiferente para tal produção «quando, segundo a experiência da vida, o perigo de que o dano se produza não é aumentado por esse facto, nem este altera a esfera dos perigos actuais. Não se consideram os aumentos ou modificações tão pequenos que, por isto mesmo, ninguém conta com eles»*. De acordo com esta definição, com a qual concordamos, a conduta dos prováveis agentes não seria indiferente ao dano.

Quanto ao tópico 2) supra, o artigo 563º do Código Civil – por meio do qual, sobretudo, justifica-se a adoção da teoria da causalidade adequada pelo ordenamento jurídico português – evidencia que para haver nexo de causalidade tem que ser comprovado que havia probabilidade da conduta originar o dano.

²⁶ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Estudos – Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causais. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção*, in Boletim do Ministério da Justiça, 084, ano 1959, pp. 29-30.

²⁷ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, cit., pp. 578 e 579.

²⁸ Idem, pp. 38 e 39.

Diante destes argumentos, poder-se-ia entender que o nexo de causalidade poderia ser estabelecido se o lesado fizesse prova dos pontos 1) e 2) acima.

Entretanto, entendemos que os fundamentos acima não sejam, por si só, suficientes para basear a imputação de responsabilidade civil aos prováveis lesantes.

Desta forma, continuaremos a nossa pesquisa no sistema legal português com o intuito de tornar estes argumentos mais consistentes, apresentando-se, assim, uma solução definitiva à nossa problemática.

2.2. PROVA

Como já mencionamos anteriormente, o problema para atribuir o dever de indemnizar aos prováveis lesantes na causalidade alternativa está na dificuldade de se demonstrar o nexo causal entre a conduta dos prováveis lesantes e o dano causado ao lesado.

Desta forma, pretendemos com o presente tópico analisar o sistema de prova do ordenamento português, avaliando se por esta via conseguimos ultrapassar tal dificuldade e resolver definitivamente o problema da imputação de responsabilidade civil nos casos de causalidade alternativa.

Para efetuar a referida análise é preciso realizar uma conciliação entre a lei material – estabelecida no Código Civil – e a lei instrumental – determinada pelo Código de Processo Civil. Entretanto, frisamos que a avaliação a ser realizada estará direcionada apenas às questões relevantes para o nosso tema central, evitando, assim, a perda do foco central.

No que tange ao sistema de prova previsto no Código Civil, cumpre-nos esclarecer inicialmente como se dá a repartição do ónus da prova.

Como regra geral, conforme dispõe o artigo 342º do Código Civil, compete o ónus da prova: 1) àquele que invocar um direito – cabendo a este provar os factos constitutivos do direito alegado; ou 2) àquele a quem a invocação foi efetuada – cabendo a este a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado em face dele.

Esclarecemos que aquele a quem compete o ónus da prova deve apresentar as provas sobre os factos, sob pena de, não o fazendo ou fazendo de maneira insuficiente, o tribunal julgar a favor da outra parte, ou seja, contrariamente à pretensão daquele a quem compete a prova – conforme artigo 414º do Código de Processo Civil.

Diante disto, a princípio, compete ao lesado provar os requisitos da responsabilidade civil para que tenha a sua pretensão de indemnização atendida.

Entretanto, nos casos de causalidade alternativa a vítima sempre se vê em grande dificuldade ou mesmo impossibilitado de provar quem dentre os prováveis lesantes pertencentes a determinado grupo é o efetivo causador do dano. Desta forma, a regra geral de repartição do ónus da prova não ameniza a questão e não nos dá solução para a questão da causalidade alternativa.

Seguindo nosso estudo sobre o sistema de prova, constatamos que outro aspecto importante para o nosso tema é o grau de prova. Quando falamos em grau de prova referimo-nos à medida de convicção que o juiz deve atingir para considerar um facto como provado. Ou seja, após apreciação das provas apresentadas pelas partes, o juiz deve avaliar quais os factos devem ser dados como provados em virtude da convicção formada.

Esta distinção entre apreciação da prova e grau de prova é trazida por Miguel Teixeira de Sousa nos seguintes termos: *O grau de prova estabelece a medida da convicção que é necessária para que o tribunal possa julgar determinado facto como provado. A sua relevância apenas surge depois da apreciação da prova: só após o Tribunal considerar que a parte cumpriu o ónus da prova relativamente a certo facto é que importa verificar se essa prova é suficiente para que, no processo pendente, esse órgão possa dar o facto como provado.*

No que tange ao grau de prova podemos nos deparar com a prova *stricto sensu*, a prova de mera justificação e o princípio de prova.

Estamos diante de uma prova *stricto sensu* quando a mesma demonstra que, de forma manifesta, o facto é certo e real, não dando, assim, margem para discussão. Nas palavras de Miguel Teixeira de Sousa²⁹, a prova *stricto sensu* é aquela que se fundamenta na convicção da realidade do facto.

Por sua vez, teremos uma prova de mera justificação na medida em que o facto pode ser considerado provado em razão de uma verosimilhança demonstrada. Admite-se, neste caso, que o juiz, embora tenha uma certa margem de dúvida com relação a realidade do facto, possa dar o mesmo como provado baseando-se em uma convicção formada por probabilidade.

A prova de mera justificação é uma exceção do ordenamento português e somente poderá ser admitida nos casos estabelecidos na lei. A exemplo disto temos os casos das

²⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes...*, cit., p. 201.

providências cautelares e da prova do nexo causal relacionado à responsabilidade civil em questões ambientais³⁰.

E, por fim, esclarecemos que o princípio de prova não poderá, por si, consagrar um facto como provado. O princípio de prova poderá somente em conjunto com outros componentes formar a prova de um determinado acontecimento.

Em conclusão, defendemos que, diante de tudo o que foi dito acima acerca do grau de prova, a flexibilização da prova poderá ser aplicada aos casos de causalidade alternativa, admitindo-se a prova de mera justificação – sobretudo mediante recurso à aplicação analógica do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, conforme e nos termos que discorremos no item 2.3.2 do presente trabalho – para o qual remetemos. Ou seja, o juiz poderá admitir uma prova de mera justificação, dando o facto como provado se houver uma convicção formada acerca de uma probabilidade.

Por fim, para uma avaliação do regime da prova, mister se faz também avaliar as normas da lei instrumental.

Começamos por dissertar acerca dos princípios estruturantes do processo civil que se correlacionam com o sistema de provas e o nosso tema.

Inicialmente, destacamos o disposto nos artigos 7º e 417º do Código de Processo Civil (em sua nova versão de 2013).

Tais dispositivos são afloramentos do **princípio de cooperação**. O Código de Processo Civil estabelece o **dever das partes de colaborar com a descoberta da verdade**, sob pena de aplicação de multa e a apreciação livre pelo tribunal acerca do valor da recusa para efeitos probatórios, *sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil*. As partes devem atuar em colaboração para obtenção de uma aplicação justa do direito. O juiz poderá tomar iniciativas para obter esclarecimentos e provas sobre a matéria de facto.

Rui Manuel de Freitas Rangel³¹ - em discordância com Teixeira de Sousa³², mas em consonância com Lopes do Rêgo³³ - defende que a recusa da colaboração da parte para a descoberta da verdade, nos termos do artigo 417º/2 do Código de Processo Civil, poderá, dentre outras sanções, determinar a inversão do ónus da prova na medida que tal recusa possa

³⁰ Com relação a este último exemplo remetemos para o item 2.32. de nosso trabalho.

³¹ RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O Ónus da Prova...*, cit., pp. 187 e 188.

³² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes...*, cit., pp. 226 e 227.

³³ Revista do Ministério Público, número 58 (1994), Comentário de Carlos Lopes do Rego ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 1993, página 173

corresponder a uma forma de impossibilitar a prova a outra parte³⁴. De nossa parte, estamos de acordo com este entendimento.

No entanto, conforme disserta o autor³⁵, a inversão do ónus da prova, nos termos acima, apenas poderá se dar quando a recusa corresponda efetivamente à impossibilidade de fazer prova com relação ao facto determinante para a pretensão da outra parte. Uma mera ou simples e natural dificuldade para a produção de determinada prova não deve gerar a inversão do ónus da prova, *sob pena de se desvirtuar a natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador, o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito*.

Encontramos na jurisprudência entendimentos favoráveis à inversão do ónus da prova nos casos de falta na cooperação determinada pelo artigo 417º do Código de Processo Civil³⁶.

Agora, trataremos do **princípio do inquisitório**. Ao juiz competirá, em consonância com o artigo 411º do Código de Processo Civil – o qual consagra o **princípio do inquisitório** –, *realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio*. O âmbito de atuação atual do juiz não é passivo.

O processo civil hodierno estabelece e confere poderes para que o juiz busque a melhor (e mais justa) decisão. O grande exemplo disto é o princípio da gestão processual previsto no Novo Código de Processo Civil (de 2013), em seu artigo 6º.

Neste sentido segue José Lebre de Freitas³⁷ quando escreve:

... o juiz era reduzido ao papel de 'árbitro' dum jogo que, com determinadas regras, se desenrolava entre as partes e o princípio do dispositivo exprimia a possibilidade que estas tinham de 'dispor do processo', em termos equivalentes àqueles em que lhes era lícito dispor da relação jurídica material.

³⁴ Esta impossibilidade é tratada pelo n.º 2 do artigo 344º do Código Civil, o qual estabelece que há inversão do ónus da prova quando a outra parte tiver culposamente tornado a prova impossível. O legislador traz uma proteção para o lesado em razão da impossibilidade (e não dificuldade) da prova gerada pelo lesante.

Um exemplo dado por RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL (*O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª edição revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2002, p. 186, nota 279; e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 226) para os casos de impossibilidade de prova é a situação do médico que destrói a ficha clínica do paciente e tal ficha era necessária para que o paciente demonstrasse que o tratamento ministrado não era o correto. Neste exemplo, nos termos do artigo 344º/2 do Código Civil, haveria inversão do ónus da prova, cabendo ao médico, portanto, provar que ministrou o tratamento corretamente.

³⁵ RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O Ónus da Prova...*, cit., pp. 191 e 192.

³⁶ Vide jurisprudência citada por RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O Ónus da Prova...*, cit., p. 192, nota 282 e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes...*, cit., p. 227: 1) Ac. RP de 18/05/1978 in C.J. 78º, 3, página 847; 2) Ac. RP de 9/10/1979, in C.J. 79º, 4, página 1276; 3) Ac. STJ de 17/02/1983, in BMJ 324, página 584.

³⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 155 e 156.

Essa concepção está hoje ultrapassada por uma outra que passa pela atribuição de mais poderes ao julgador e pela exigência da cooperação entre o tribunal e as partes, como meios preferenciais para alcançar a verdade e, com base nela, realizar o direito.

Por fim, trazemos o **princípio da livre apreciação da prova**, o qual determina que o juiz deverá decidir de acordo com sua convicção formada com base nas provas produzidas e nas regras da experiência de vida. O valor da prova será determinado pelo juiz, salvo as exceções previstas na lei.

Diante do que acima foi exposto acerca da lei instrumental relativa à prova, concluímos que o juiz poderá inverter o ônus da prova caso seja observada a afronta aos princípios processuais relativos à prova. Ou seja, a inversão do ônus da prova poder-se-ia dar como sanção à afronta do princípio de cooperação, nos termos previstos no artigo 417º/2 do Código de Processo Civil.

Entretanto, as flexibilizações do sistema de prova (tanto com relação ao grau de prova, como a inversão do ônus da prova) não implicam propriamente uma solução para o problema central de nosso tema e na confirmação da existência do nexo de causalidade. Desta forma, continuaremos com o nosso estudo.

2.3. INTERPRETAÇÃO E ANALOGIA

A seguir apresentaremos as linhas gerais sobre os institutos da interpretação e da analogia. E, após, analisaremos alguns dispositivos legais e afloramentos da problemática no ordenamento português, afim de descobrir se é possível resolver nosso problema por meio da interpretação e da analogia, de forma justa, equilibrada e ponderada.

2.3.1. NOÇÕES GERAIS

Um outro aspecto a ser avaliado é se por meio da interpretação ou da analogia poderá ser apresentada uma solução para o nosso tema.

Assim, entendemos importante trazer, como primeiro passo, a noção de cada um destes institutos (interpretação e analogia) e suas limitações de aplicabilidade, determinando, assim, as linhas orientadoras que utilizaremos nos subitens a seguir.

No Código Civil, a interpretação e a analogia são regradas pelos artigos 9º e 10º, respetivamente.

À luz de Karl Larenz³⁸, interpretar a lei é *uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático*.

A analogia, por sua vez, é, segundo Karl Larenz³⁹, *a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, «semelhante» àquela*.

Ainda, há que distinguir a *analogia legis* da *analogia juris*.

A *analogia legis* se trata daquela obtida mediante a aplicação analógica de **uma norma** a um caso concreto semelhante.

Por outro lado, estaremos diante da *analogia juris* quando retiramos um entendimento da análise de **várias normas** e o aplicarmos a um caso concreto.

A diferenciação entre a interpretação e a analogia, por vezes, torna-se confusa na prática. O limite separador entre os institutos é ténue em algumas situações – sobretudo quando falamos de interpretação extensiva e analogia.

Vale esclarecer que na interpretação extensiva se entende que o legislador deixou de dizer algo que deveria ter dito em razão do que o sentido da lei demonstra. Aqui, o intérprete levará a norma além do que aquilo que o teor literal estabelece, respeitando-se a real vontade do legislador, o cerne da lei.

A principal diferença trazida pela doutrina é se o caso prático está ou não no sentido da norma jurídica, ou, nas palavras de Baptista Machado⁴⁰, se o caso está no *espírito da lei*. Ou seja, quando um caso é trazido para determinada norma jurídica porque o mesmo se encontra no espírito de tal norma – embora não esteja no texto literal da norma –, estamos diante da interpretação extensiva. Por outro lado, quando uma lei é aplicada a determinado caso e tal caso não fazia parte do espírito da lei, mas a aplicação se dá por semelhança entre as situações, tratar-se-á de aplicação analógica.

³⁸ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 375.

³⁹ KARL LARENZ, *Metodologia da ...*, cit., p. 461.

⁴⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., p. 193.

Com muito sucesso também foram os pontos de distinção entre a interpretação extensiva e a analogia trazidos por João Baptista Machado⁴¹ – os quais seguiremos como orientação durante nosso trabalho –, quais sejam:

Cremos, na verdade, que o recurso à analogia se distingue da interpretação extensiva por duas características principais: 1ª) no domínio da interpretação extensiva, o caso não abrangido pela letra da norma situa-se dentro do mesmo contexto ou âmbito da matéria jurídica em que se situam as hipóteses que ela abrange (pelo que haverá uma aplicação directa da mesma norma), ao passo que, no domínio da analogia, a questão omissa é apenas uma questão paralela da regulada, ou seja, uma questão semelhante que se situa num contexto normativo distinto daquele em que se situa a norma reguladora do caso análogo (e daí que esta norma só lhe seja aplicável mutatis mutandis); 2ª) no domínio da interpretação extensiva, é a própria valoração da norma (o seu «espírito») que leva a descobrir a necessidade de estender o texto desta à hipótese que ele não abrange, ao passo que, no campo da analogia, não é a valoração da norma reguladora do caso análogo (e que vai ser aplicada por analogia ao caso omissa) que permite descobrir a lacuna e a necessidade do seu preenchimento, mas é antes o paralelismo (ou analogia) da questão posta pelo caso omissa com a questão posta pelo caso directamente regulado que induz à descoberta da lacuna e ao seu preenchimento através duma valoração idêntica e duma norma paralela à que regula o dito caso análogo.

A força expansiva da própria valoração legal é capaz de levar o dispositivo da norma a cobrir hipóteses do mesmo tipo não cobertas pelo texto; mas só a remissão analógica, fundada no paralelismo dos problemas ou questões jurídicas, é susceptível de transplantar as valorações legais para lugares paralelos situados noutros contextos institucionais. Compreender-se-ia assim que a norma excepcional, informada por uma valoração que toma em conta as particularidades de certas hipóteses em que se suscita a mesma questão que aquela a que corresponde o regime-regra, fosse susceptível de interpretação extensiva, pedida ou postulada por aquela mesma valoração, mas já não de aplicação analógica. É que só a valoração informadora do regime-regra orienta a resposta à questão como tal, e por isso também só ela seria transferível com base no paralelismo das questões. A valoração do regime excepcional, por isso que não vai referida à questão como tal, também não poderia apoiar-se no paralelismo entre a questão regulada e a questão omissa para justificar a sua transferibilidade para a regulamentação desta.

Em resumo, e frisando o pensamento do texto: só a interpretação extensiva seria sugerida, justificada e postulada pela valoração da norma (e esta só poderia justificar aquela); a aplicação analógica, essa seria sugerida e justificada pelo paralelismo dos problemas ou questões, por um lado, e postulada pela unidade e coerência do sistema (e não logo pela valoração particular de certa norma, como acolá), pelo outro.

⁴¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1992, p. 100, nota 1.

Feitas as distinções acima – o que ajudará a melhor compreender o que se segue –, falaremos a seguir das limitações do uso da analogia.

Em primeiro lugar, ressaltamos que, de acordo com o artigo 1º, n.º 3 do Código Penal, a analogia não é permitida para *qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde*. Isto se dá, sobretudo, em obediência ao princípio da legalidade, fortemente presente no Direito Penal.

No entanto, esta limitação não terá influência no âmbito de nossa pesquisa. Assim, portanto, não nos aprofundaremos mais com relação a mesma.

Chamamos agora a atenção para uma segunda limitação da analogia – a qual nos importa para avaliação da aplicação da analogia nos subitens que se seguem. Prescreve o artigo 11º do Código Civil que as normas excepcionais *não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*.

Afim de melhor compreender o preceito acima, inicialmente vamos definir o que são normas excepcionais. Entende-se por normas excepcionais aquelas contrárias à norma geral. Tais regras excepcionais trazem um regime diverso da regra geral tendo em vista algum aspeto singular visualizada pelo legislador em determinada hipótese.

Visando exemplificar a problemática acima, trazemos os artigos 483º/2 e 500º/1 do Código Civil. O primeiro, servindo como regra geral, estabelece que *só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados pela lei*. Ao passo que o artigo 500º/1, estabelecendo uma exceção ao regime geral, preceitua que *aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar*. Assim, como regra, a culpa é imprescindível para que o sujeito responda pelos danos causados. No entanto, o artigo 500º/1 estabelece, excecionalmente, a responsabilidade do comitente independentemente de culpa.

Voltemos agora para o artigo 11º do Código Civil. De acordo com João Baptista Machado⁴², a analogia proibida pelo referido preceito englobaria tão-somente a *analogia*

⁴² JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, cit., pp. 327 e 328, afirma: *Quanto a todas as normas excepcionais, porém, o art. 11º do Código Civil diz que elas “não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva”. Há que entender este preceito a partir do significado que nele se atribui à “interpretação extensiva” e ter presente o referido critério fundamental: só a segurança jurídica pode justificar a não aplicação analógica de uma norma cuja princípio valorativo é de per si transponível para casos análogos.*

juris. A *analogia legis* seria permitida na medida em que a mesma não traz insegurança jurídica. Para o autor, a ideia do artigo 11º é impedir que os regimes excepcionais sejam tomados como regra e aplicados por meio da *analogia juris*.

Em nosso trabalho que ora se desenvolve, utilizaremos essa interpretação para o artigo 11º do Código Civil, fixando, assim, que as normas excepcionais não admitirão a aplicação da *analogia juris*.

Feitas estas considerações gerais sobre a interpretação e a analogia, seguimos com os subitens abaixo nos quais avaliaremos se tais institutos poderão ser aplicados para a solução de nossa problemática e em que medida.

2.3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL EM QUESTÕES AMBIENTAIS

O problema para demonstrar o efetivo causador do dano está muito presente no âmbito das questões ambientais. Desta forma, abaixo avaliaremos como o assunto recebe tratamento

Assim sendo, e tomando por interpretação extensiva aquela que permite aplicar uma norma a casos não cobertos pela sua letra (qualquer que seja o sentido, mais ou menos amplo, a atribuir às palavras da lei) mas abrangidos pelo seu espírito, diríamos que o art. 11º permite afinal a analogia legis ou “extensão analógica” (“extensão teleológica”) das normas?

Dentro desta ordem de ideias, do referido art. 11º deduzir-se-ia apenas (como aliás sempre teria de ser) que o que é proibido é transformar a exceção em regra, isto é, partir dos casos taxativamente enumerados pela lei para induzir deles um princípio geral que, através da analogia iuris, permitiria depois regular outros casos não previstos, por concretização dessa cláusula ou princípio geral. Mas não já que seja proibido estender analogicamente a hipótese normativa que prevê um tipo particular de casos a outros casos particulares do mesmo tipo e perfeitamente paralelos ou análogos aos casos previstos na sua própria particularidade.

E assim já se compreenderia bem a proibição da analogia na aplicação das normas excepcionais a que se refere o art. 11º. É que, quando a lei faz uma enumeração taxativa ou, como no nº 2 do art. 483, estabelece que um certo regime ou consequência jurídica se aplica aos “casos especificados na lei”, ela pretende justamente, por razões de segurança jurídica, evitar a queda numa cláusula geral cuja aplicação pelos tribunais, por requerer um procedimento complexo e sempre algo aleatório de “concretização”, contribuiria sobremodo para criar insegurança em sectores em que a fluência do tráfico exige uma base de expectativas seguras. A insegurança já não será a mesma, porém, quando se possa considerar uma situação particular não abrangida na letra de uma norma excepcional como abrangida pelo espírito desta mesma norma.

legal nesta esfera em especial e se tal tratamento pode ser aplicado analogicamente às questões de causalidade alternativa em geral.

A responsabilidade civil ambiental é regradada no Direito português pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho.

Logo em seu artigo 1º⁴³, o referido diploma revela uma finalidade de prevenção e reparação de danos, evidenciando, assim, uma função preventiva da responsabilidade civil também neste âmbito.

Este carácter preventivo é novamente demonstrado no artigo 2º/1 do Decreto-Lei supramencionado ao determinar que o mesmo se aplica não só aos danos ambientais, mas também às *ameaças iminentes desses danos*.

Entretanto, o ponto mais importante para o nosso tema é o que determina o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008. O mesmo estipula que a *apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção*.

Tal dispositivo estipula uma flexibilização com relação à prova do nexo de causalidade. Não é necessária que seja incutida uma certeza no julgador. Basta apenas a demonstração, pelo lesado, de uma probabilidade de que a acção danosa é apta a produzir o dano.

Trata-se de uma admissão da prova em um grau de mera justificação. Nas palavras de Teixeira de Sousa⁴⁴, para que a prova possa atingir este grau basta a *demonstração de que o facto é verosímil ou plausível*.

Estamos diante de uma exceção à regra relativa ao sistema de prova português – a qual detalhamos no capítulo 2.2. do presente trabalho e para o qual remetemos. Ainda segundo Teixeira de Sousa⁴⁵, a mera justificação só é permitida nos casos em que a lei prevê.

⁴³ O presente Decreto-Lei estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, com a alteração que lhe foi introduzida pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extractiva.

⁴⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes...*, cit., p. 202.

⁴⁵ Sobre o tema da mera justificação o autor também cita (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes...*, cit., p. 203) a seguinte jurisprudência dos tribunais portugueses: RL – 15/02/1976, CJ 76/1, 245; RL – 22/04/1977,

Conforme Ana Perestrelo de Oliveira⁴⁶, com quem concordamos, o legislador procurou ir além da aceitação da prova *prima facie*⁴⁷, tendo em vista que com a mesma a solução ainda estaria vinculada à apreciação do juiz de acordo com as regras de experiência. No caso do Decreto-Lei n.º 147/2008 há sim um abrandamento do grau da prova, ou seja, da medida da convicção do juiz para que o facto seja dado como provado.

De acordo com o dispositivo legal que ora analisamos, não é necessária a verificação da prova *stricto sensu* para que o facto seja considerado provado, bastando para tanto apenas a convicção do tribunal de que existe uma probabilidade de que o facto seja apto para ocasionar o dano.

Desta feita, tendo sido o nexo causal dado como provado em razão da convicção do juiz acerca da probabilidade do facto ser apto a produzir o dano, para eximir-se da responsabilidade a outra parte terá o ónus de provar que a sua conduta não ocorreu, ou que a mesma não é apta para provocar o dano, ou, ainda, que tal conduta não foi o facto gerador do dano.

Ainda mais, ressaltamos que a referida legislação ambiental determina que a prova deve ser feita não com relação à probabilidade de que a ação tenha efetivamente causado o dano, mas sim da probabilidade de que a ação tenha aptidão para causar a lesão, ou seja, de que a conduta seja a possível causa do dano. Entendemos ser este ponto mais um aspeto importante atenuante da dificuldade da prova.

CJ 77/2, 399; STJ – 23/1/1986, BMJ 353, 376; RP – 29/10/1087, BMJ 370, 615; STJ – 20/12/1990, TJ 6 (1990), 261.

⁴⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A prova do nexo de causalidade na lei de responsabilidade ambiental*, in *Temas de Direito do Ambiente*, Cadernos O Direito, n.º 6 (2011), Almedina, p. 101.

⁴⁷ A prova de primeira aparência, ou prova *prima facie*, consiste em criar no julgador não uma certeza absoluta, mas sim um grau de probabilidade suficiente baseado nas regras de experiência. Assim, com aceitação da prova de primeira aparência para que o facto seja dado como provado, é dado àquele a quem tem o ónus de provar o benefício de facilitação do grau de prova.

A prova *prima facie* é uma prova bastante. Assim, vale dizer, para afastá-la basta que seja apresentada a contraprova, nos termos estabelecidos no artigo 346º do Código Civil.

Esclarecemos que a contraprova se distingue da prova do contrário na medida em que a primeira tem como intuito apenas gerar uma dúvida com relação à verdade dos factos. Gerando-se a incerteza por meio da contraprova, o juiz deverá decidir contra a parte que apresenta a prova de primeira aparência, nos termos do artigo 414º do Código de Processo Civil. Desta forma, a apresentação de uma prova *prima facie* por uma das partes envolve-a em mais fragilidade do que se a mesma tivesse se beneficiado, por outra forma, do sistema de inversão do ónus da prova mencionado acima.

Dito de outra forma, para que a prova de primeira aparência seja ilidida, basta que a outra parte gere uma dúvida no julgador. Entretanto, quando temos a inversão do ónus da prova, a outra parte deverá gerar uma certeza no julgador para que contra ela a causa não seja julgada.

Desta forma, embora se trate de um sistema que beneficia quem tem o *onus probandi*, a prova *prima facie* deve ser vista como uma prova revestida de muita fragilidade.

Também, Ana Perestrelo de Oliveira⁴⁸ analisa esta questão afirmando que a *aptidão para causar o dano não é mais, afinal, do que a qualidade daquilo que comporta um risco. O risco é, na verdade, a «eventualidade danosa potencial», ou a susceptibilidade de ocorrência de um dano, de tal maneira que o conceito de risco coincide com o conceito legal de «aptidão para produzir a lesão». Ou seja, o lesado tem, resumidamente, de demonstrar a probabilidade da criação do risco pelo agente, «tendo em conta as circunstâncias do caso concreto» (risco concreto e não abstrato).*

Em outras palavras, o legislador assegura que o agente que causou o risco de dano deve arcar com as lesões causadas à vítima – *se presume a materialização do resultado*⁴⁹. O nexo causal é demonstrado mediante prova de que o risco criado/aumentado pelo agente **pode** ser o causador do dano sofrido.

Frisamos, assim, que o legislador não exclui a necessidade do nexo de causalidade como requisito indispensável para originar a responsabilidade civil. Entretanto, o mesmo cria um mecanismo capaz de atenuar a dificuldade de prova deste requisito – dificuldade esta que poderia invalidar, em muitos casos, a transferência do dano da esfera do lesado para o lesante.

No que tange a aplicação desta solução relacionada a prova para o problema central do nosso trabalho, entendemos que, embora não esteja expresso no Decreto-Lei n.º 147/2008, ao verificar-se uma situação de causalidade alternativa, para demonstrar o nexo causal, bastaria o lesado provar que as ações das pessoas pertencentes ao grupo de prováveis lesantes são passíveis de produzir a lesão. Ou seja, é possível interpretar o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008 neste sentido, aplicando as atenuantes da prova também nos casos de causalidade alternativa.

Por sua vez, para se eximir da obrigação de indemnizar, caberá aos prováveis lesantes fazer a contraprova dos factos dados como provados.

Neste mesmo sentido que ora defendemos, disserta Ana Perestrelo de Oliveira⁵⁰ ao afirmar que, numa situação de causalidade alternativa, provando-se que há a probabilidade dos agentes terem criado ou aumentado o risco de dano, os mesmos deverão indemnizar o lesado, pois *é provável, por definição, que cada um dos agentes tenha criado ou aumentado o risco do dano, pelo que a responsabilidade recairá sobre todos, salvo contraprova da probabilidade da criação/aumento do risco ou prova negativa da sua materialização no resultado lesivo.*

⁴⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A prova do nexo de causalidade...*, cit., p. 105.

⁴⁹ Idem, p. 105.

⁵⁰ Idem, p. 114.

A autora supramencionada também defendeu⁵¹, antes mesmo da vigência do Decreto-Lei n.º 147/2008, que, no âmbito do direito ambiental, *a criação ou aumento do risco, a avaliar em abstracto, desencadeia o funcionamento de uma presunção de imputação. Ou seja, sempre que nos encontrarmos perante um caso de causalidade alternativa, por definição, o juiz deve presumir a imputação «quanto a todos os sujeitos que aumentam (pelo menos em abstracto) o risco de lesão».*

Feitas estas considerações relacionadas à responsabilidade civil oriunda de danos ambientais, mister se faz analisar se o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008 poderia ser aplicado analogicamente a todos os casos de causalidade alternativa.

Como já citamos no presente tópico, o lesado na esfera ambiental é confrontado muitas vezes com a dificuldade ou mesmo impossibilidade de provar a conexão entre a conduta de determinado agente e o dano sofrido. Em razão disto, o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008 visa sanar esta problemática e impedir que o lesante não seja responsabilizado por beneficiar-se desta dificuldade.

O cerne de nosso problema na causalidade alternativa, em geral, coincide com a razão do dispositivo referido acima, qual seja, a dificuldade de prova do nexo de causalidade.

Concluímos, assim, que o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008 pode ser aplicado analogicamente (*analogia legis*) aos demais casos de causalidade alternativa. Assim, bastará a vítima do dano em situações de causalidade alternativa além do âmbito do meio ambiente, para fazer prova do nexo causal, demonstrar:

- 1) A dificuldade de provar quem é o efetivo causador do dano;
- 2) O grupo de prováveis agentes e suas respectivas condutas passíveis de produzir a lesão, isto é, a conduta de cada agente e o risco criado/aumentado pelas mesmas.

2.3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR

Um outro âmbito em que o problema da causalidade alternativa se insurge é o da responsabilidade civil do produtor. Poucos não são os casos em que a consumidor encontra dificuldades em demonstrar quem foi o causador do dano que sofreu.

⁵¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 111.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a matéria é regulada por lei especial – nomeadamente o Decreto-Lei n.º 383/89⁵², de 06 de Novembro –, que determina uma responsabilidade objetiva para o produtor de produtos defeituosos, vale dizer, independente de culpa⁵³.

No entanto, o Decreto-Lei n.º 383/89 não nos conduz a uma solução expressa para o problema da causalidade alternativa – haja vista que a dificuldade neste tema é não só provar a culpa do lesante, mas sobretudo demonstrar quem foi o efetivo causador do dano. Desta forma, não temos nesta esfera dispositivos legais para interpretação ou aplicação analógica.

Entretanto, socorrendo-nos da doutrina, encontramos entendimento diferenciado, dando-nos, a nosso ver, uma resposta mais ponderada e justa à vítima do dano – neste caso, o adquirente do produto – que tenha dificuldades em provar quem é o efetivo causador do dano.

João Calvão da Silva⁵⁴ entende que as regras de prova devam ser flexibilizadas na medida em que o lesado demonstre uma *probabilidade* de que o demandado seja o lesante – conduzindo, assim, à uma *presunção de causalidade*. Nas palavras do autor⁵⁵, *afigura-se equitativo e justificado, no tipo de casos em apreço, um certo afrouxamento na aplicação da regra de que o demandante deve ‘designar’ e ‘identificar’ o produtor ‘específico’ causador do dano, reputando-se suficiente – mas necessária – a prova da razoável ‘probabilidade’ de o demandado ser o responsável no caso concreto.*

Adicionalmente, coloca, e bem, o autor⁵⁶ que *é razoável – e nesse sentido ordena a justiça e a equidade – que o ‘risco de não individualização’, entre vários produtores, daquele ou daqueles que hajam causado o dano corra por conta de quem crie ou contribua para o perigo do público e do lesado, e não por conta da vítima inocente. Há aqui, portanto, uma deslocação do risco da prova, produzido por uma pluralidade identificada de produtores e pela possibilidade que cada um tem de provar a falta de causalidade, evitando a respectiva co-responsabilização por danos não provenientes dos seus produtos.*

Essa ideia de utilização de um juízo de probabilidade, não especificamente com relação à responsabilidade civil do produtor e sim de uma forma em geral, também é trazida por Rui Manuel de Freitas Rangel⁵⁷ nos seguintes termos: *A ideia de que o recurso à*

⁵² O Decreto-Lei n.º 383/89 transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

⁵³ Decreto-Lei n.º 383/89, artigo 1º: *O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação.*

⁵⁴ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil...*, cit., pp. 579-587.

⁵⁵ Idem, p. 582.

⁵⁶ Idem, p. 585.

⁵⁷ RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, *O Ónus da Prova...*, cit., p. 113.

“probabilidade”, de um grau de probabilidade elevada é suficiente para assegurar a convicção do julgador na busca sempre inacabada, da verdade, estamos certos é o caminho a seguir e de aplaudir. Todo o conhecimento sendo incompleto e imperfeito, como afirma Calamandrei, não pode atingir a “certeza”, mas apenas um elevado grau de probabilidade.

Com a aplicação do entendimento de Calvão da Silva haveria uma flexibilização da prova do nexo causal, presumindo-o diante de uma probabilidade, sobretudo para se ir de encontro com a justiça e a equidade, amparando, desta forma, o lesado – quem consideramos estar em uma posição mais fraca.

Entretanto, embora nos posicionemos favoravelmente no que tange aos fundamentos de Calvão da Silva, entendemos que a flexibilização da prova não resolve, por si só, o problema da causalidade alternativa. Esta forma de resolver a questão apenas facilitaria a posição da parte mais fraca.

2.3.4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS MÉDICOS

Nesta esfera da responsabilidade civil por atos médicos, um dos problemas que se coloca – e o qual iremos invocar por ter relevância ao nosso tema – é a dificuldade de prova do nexo causal entre a ação (ou em alguns casos a omissão) do médico e o dano sofrido pelo paciente.

Miguel Teixeira de Sousa⁵⁸ apresenta-nos duas formas para sanar esta questão. A primeira delas – sobre a qual o autor não se manifesta favoravelmente por trazer um agravamento excessivo para uma das partes no processo – seria impor ao médico o ónus de provar que não há nexo de causalidade. A segunda forma – e com a qual o autor concorda – é buscar uma certa igualdade entre as partes, *não só por razões processuais, mas também por inequívocos critérios de justiça*, por meio da conduta do tribunal na apreciação da prova – que deverá levar em conta as dificuldades do autor, podendo fazê-lo oficiosamente.

Para o autor, uma vez que o direito português não admite a inversão do ónus da prova baseada na dificuldade de provar da parte onerada, a solução passaria para as mãos do tribunal que possui uma liberdade para apreciar as provas apresentadas pelas partes. O tribunal poderia

⁵⁸ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica*, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDUL, Lisboa 1996, pp. 139-144.

utilizar-se da prova de primeira aparência – com relação a este tipo de prova, vide item 2.2. de nosso trabalho.

Entendemos que neste âmbito não há o que se retirar para interpretação ou aplicação analógica visando a solução para o problema da causalidade alternativa. Entretanto, para o nosso trabalho, retiramos da análise feita acima, o facto de que não se deve fechar os olhos para a dificuldade do lesado em demonstrar o nexo de causalidade, havendo casos que, sobretudo em razões de justiça, devem ser remediados.

Entretanto, a solução doutrinária apresentada por Teixeira de Sousa (utilização da prova *prima facie*) ainda nos parece um pouco frágil se transportada para o nosso problema específico – haja vista que a prova de primeira aparência pode ser afastada por mera contraprova. Ainda, conforme nos posicionamos no item acima, entendemos que a flexibilização da prova não resolve, por si só, o nosso problema da causalidade alternativa. Desta forma, seguimos com nosso trabalho visando encontrar outras possíveis soluções.

2.3.5. ARTIGO 493º/2 DO CÓDIGO CIVIL – ATIVIDADES PERIGOSAS

O artigo 493º, em seu número 2, do Código Civil estabelece que aquele que causa danos, na execução de uma atividade perigosa fica obrigado a indemnizar o lesado, salvo se *mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir*.

O referido dispositivo determina a inversão do ónus da prova, cabendo, portanto, ao executor da atividade perigosa provar que tomou as medidas necessárias. Esta norma evidencia uma exceção ao artigo 487º/1 do Código Civil – o qual preceitua que compete ao lesado provar a culpa do lesante, exceto nos casos de presunção legal de culpa –, bem como uma exceção à regra geral de ónus da prova estabelecida no artigo 342º do Código Civil.

A solução encontrada pelo legislador é mais amena do que a responsabilidade objetiva, mas, ao mesmo tempo, é mais rígida do que o regime normal estipulado no Código Civil.

A questão da inversão do ónus da prova quando do exercício de atividades perigosas, de acordo com Vaz Serra⁵⁹, foi trazida anteriormente pelo Código Civil italiano (artigo 2050º). E o autor entendeu, nos trabalhos preparatórios, que tal solução era *uma solução razoável do problema genérico da responsabilidade no caso de actividades perigosas*. Vaz Serra⁶⁰ traz fundamentos para a norma italiana dizendo que os *deveres inerentes à normal diligência seriam em tal caso insuficientes porque, onde a periculosidade está ínsita na acção, há o dever de proceder tendo em conta o perigo; o dever de evitar o dano, como já se notou (n. 571), torna-se mais rigoroso quanto se actua com a nítida previsão de sua possibilidade. O sujeito, pois, deve adoptar, mesmo que com sacrifícios, todas as medidas aptas para evitar o dano. Quais devem ser tais medidas, di-lo-ão as particulares normas técnicas ou legislativas, inerentes às especiais actividades, ou as regras da experiência comum; certo é que as lesões evitáveis devem ser ressarcidas*.

Após análise do artigo 493º/2 do Código Civil, entendemos que tal dispositivo poderá ser aplicado, em razão de uma interpretação extensiva, para as hipóteses de causalidade alternativa que envolvam atividades perigosas.

Como vimos, o cerne desta norma é prevenir que aqueles que exerçam atividades perigosas o façam sem que sejam tomadas todas as diligências possíveis, isto é, impedindo os danos evitáveis. Indubitavelmente, os executores das atividades perigosas estão em melhores condições de provar que as tais diligências possíveis foram tomadas – daí a razão da inversão do ónus da prova. É justo que aquele que age sabendo que, caso não tome as medidas de prevenção necessárias, pode causar um dano a outrem no exercício de sua atividade – da qual tira vantagens e proveitos –, arque com prejuízos sofridos por terceiro.

Diante destes argumentos, reforçamos nosso entendimento de que a norma 493º/2 do Código Civil deve ser entendida no sentido de que os executores de uma ação perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, ficam obrigados a reparar os lesados, **salvo se comprovarem que não são os efetivos causadores do dano ou que tenham empregado todas as providências exigidas pelas circunstâncias para evitá-los**.

Desta feita, encontramos aqui uma solução parcial para nosso problema da causalidade alternativa. Parcial porque a mesma somente poderá ser aplicada nos casos de exercício de atividades perigosas. Tendo em vista que se trata de norma excecional não podemos extravasar e aplicar esta norma com a utilização da *analogia juris* – como vimos no item

⁵⁹ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Estudos – Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades*, in Boletim do Ministério da Justiça, 085, ano 1959, pp. 375-379.

⁶⁰ Idem, p. 376.

2.3.1. do presente trabalho. Ficamos aqui, portanto, limitados a uma interpretação extensiva, na forma descrita no parágrafo anterior.

Ainda, na continuidade da análise do 493º/2 encontramos um outro ponto de limitação. A definição de *atividade perigosa*, para compreensão completa do dispositivo em questão, não é trazida pela lei. Para tanto, devemos nos socorrer da doutrina⁶¹ e da jurisprudência, devendo, ainda, avaliar a situação de cada caso concreto.

2.3.6. ARTIGO 497º DO CÓDIGO CIVIL – SOLIDARIEDADE DOS *RESPONSÁVEIS*

Adiante, interpretaremos os termos do artigo 497º do Código Civil, o qual preceitua (sublinhado nosso):

CC, artigo 497º - Responsabilidade solidária

1. *Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.*
2. *O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.*

Da leitura atenta e precisa do dispositivo acima, chama-nos a atenção que o legislador utilizou em sua redação a expressão *pessoas responsáveis*, englobando, assim, todos aqueles que possam ser responsabilizados civilmente conforme a lei. O legislador preferiu esta redação ao invés de restringir tal dispositivo aos **causadores dos danos**, ou **lesantes** ou alguma outra expressão sinónima.

Desta forma, não nos deixa dúvida que, **caso seja entendida a possibilidade de responsabilizar o(s) possível(is) lesante(s) na causalidade alternativa, o regime a ser aplicado entre todos será o regime disposto no artigo 497º do Código Civil, ou seja, todos responderão solidariamente.**

Ainda, tendo em vista a redação dada do legislador ao dispositivo, consideramos interessante uma pesquisa da história e fundamentos do artigo em questão. Para tanto, nada

⁶¹ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, cit., pp. 495: *Não se diz, no n.º 2, o que deve entender-se por uma actividade perigosa. Apenas se admite, genericamente, que a perigosidade derive da própria natureza da actividade, como a navegação marítima ou aérea, o fabrico de explosivos, o comércio de substâncias ou materiais inflamáveis (cfr. o acórdão do S.T.J., de 24 de Março de 1977, no B.M.J., n.º 265, págs. 233 e segs.), ou da natureza dos meios utilizados (tratamentos médicos com raio X, ondas curtas, etc.).*

mais correto e oportuno ter como fonte de pesquisa os estudos de Vaz Serra – responsável pela maior parte da elaboração do anteprojecto relativo ao direito das obrigações do Código Civil de 1966.

Estes estudos, certamente, devem ser considerados no processo de interpretação do Código Civil, pois nos auxiliam a reconstruir o pensamento legislativo da época da elaboração da lei⁶², tratando de importante elemento histórico de interpretação.

Ao tratar do assunto da solidariedade, Vaz Serra⁶³ entende que a solução proposta pelo Código Civil Alemão não seria a correta na medida em que um inocente poderia ser diretamente responsabilizado por um dano que não causou, sem possibilidade de contestar a autoria da lesão.

Em contrapartida, o autor defende a ideia de que deve haver uma proteção ao lesado (haja vista que certamente dentre determinado grupo está o lesante) e, desta forma, propõe a aplicação de uma presunção de culpa dos possíveis causadores do dano que participaram de uma ação perigosa, podendo estes exonerarem-se mediante prova em contrário.

Ao final, Vaz Serra propõe a seguinte redação para o artigo atualmente numerado como 497º (sublinhado nosso):

Art.º ... - Responsabilidade de vários causadores do dano

1. *Se vários causaram conjuntamente um dano, quer este não tivesse sido produzido apenas por cada um dos factos, quer cada um dos factos tivesse por si só produzido, respondem todos solidariamente pelo mesmo dano. Os instigadores e auxiliares são, para este efeito, equiparados aos autores. Os encobridores respondem somente na medida em que a sua actividade causou um dano ou na medida em que receberam uma parte do lucro.*
2. *Para o fim do parágrafo anterior, a cooperação no resultado pode não ser material.*
3. *Quando o dano não tenha sido causado mediante cooperação consciente de §1º só é aplicável quando se não prove que o dano foi, no todo ou numa parte determinada, causado apenas por um.*

⁶² Corroboram com este nosso pensamento ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., pp. 714-715, quando afirma que os preparatórios não têm poder vinculativo, nem limitam a esfera de ação dos intérprete-aplicador. Constituem, todavia, um elemento auxiliar que, dependendo de sua qualidade, se pode afirmar decisivo, no produto da interpretação; bem como ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, cit., p. 59, ao escreverem: *Eliminou-se no Código o preceito (do Projecto) que se referia aos trabalhos preparatórios, não para condenar o valor destes na fixação do sentido decisivo da lei, mas para evitar as dúvidas que suscitou a distinção entre os trabalhos preparatórios atendíveis e os não atendíveis para esse efeito.*

Sobre toda esta matéria, vide a comunicação do Ministério da Justiça à Assembleia Nacional, de 26 de Novembro de 1966, n.ºs 5 e 6.

⁶³ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Estudos – Responsabilidade contratual...*, cit., pp. 130-139.

4. *Se um dano foi causado no decurso de uma acção conjunta perigosa, embora não ilícita, não podendo saber-se quem foi o autor efectivo dele, presume-se a culpa do mesmo dano dos que tenham culposamente participado nessa acção.*
5. *O dever de regresso, nas hipóteses de responsabilidade de vários pelo dano, existe na medida das respectivas culpas e da importância das consequências delas resultantes, presumindo-se, na dúvida, iguais as culpas de cada um dos responsáveis.*

Entendemos que a solução dada por Vaz Serra é uma solução ponderada e justa. A mesma protege a vítima, mas, ao mesmo tempo, disponibiliza a hipótese de exoneração da culpa por aqueles que não causaram o dano.

Estamos diante de uma solução intermediária entre o estabelecido pela legislação alemã e a impossibilidade total de imputar o dano à outrem que não seja o lesado.

A participação em uma ação perigosa dos possíveis lesantes e a certeza de que dentre aquele grupo está o efetivo causador do dano justificam, indubitavelmente, a aplicação de uma presunção de culpa dos participantes na ação.

Infelizmente, o legislador não trouxe a solução de Vaz Serra da forma clara e expressa proposta pelo mesmo.

Desta forma, fica-nos a dúvida se a solução foi negada pelo legislador ou se o mesmo entendeu que dentro da atual redação dada ao artigo 497º do Código Civil estariam englobadas todas as hipóteses contempladas na redação proposta por Vaz Serra.

De qualquer forma, a partida, parece-nos que o legislador pretendeu resumir todas as hipóteses de Vaz Serra na atual redação do 497º do Código Civil (e não negá-las), sobretudo pela utilização do termo **responsáveis** ao invés de **causadores do dano, lesantes**, ou outra expressão do mesmo género.

Nossas impressões se fortificam ao avaliarmos os dizeres de Antunes Varella e Pires de Lima⁶⁴, no que tange ao artigo 497º do Código Civil, os quais confirmam que: *este artigo, ao prescrever a responsabilidade solidária, não tem em vista apenas os que causaram o dano, mas todos os responsáveis, como o comitente, a pessoa obrigada à vigilância, o proprietário ou possuidor do edifício, o Estado, etc..*

Entretanto, com a redação final do artigo 497º, ficou a cargo da doutrina a avaliação de como deverá ser tratada a responsabilidade civil nos casos de causalidade alternativa.

⁶⁴ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado...*, cit., p. 502.

Ainda no que tange ao artigo 497º ora em análise, conforme já mencionamos acima, o mesmo estabelece uma responsabilidade solidária para os responsáveis. Assim, a princípio, a os prováveis lesantes na causalidade alternativa serão responsabilizados solidariamente.

Entretanto, o número 2 do mesmo dispositivo determina que o direito de regresso entre os responsáveis se dará na medida *das respetivas culpas e das consequências que delas advieram*. Diante desta redação, entendemos que há espaço para que, no exercício do direito de regresso, seja aplicado o conceito de quota de mercado presente na *market share liability*⁶⁵. Ou seja, a culpa de cada um poderia ser mensurada conforme a quota de mercado que cada um possui. Entretanto, frisamos que defendemos que esta aplicação parcial da teoria do *market share liability* fica restrita ao direito de regresso, afinal, o número 1 do artigo 497º é bastante claro ao determinar a responsabilidade solidária dos responsáveis.

2.4. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW – PRINCÍPIOS DE DIREITO EUROPEU DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Visando buscar outros subsídios para interpretação do ordenamento português, consultamos os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil⁶⁶ elaborados pelo Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (EGTL – European Group on Tort Law).

Embora tais princípios não tenham força de lei, não possuindo, portanto, força vinculativa, entendemos que os mesmos poderão servir como material de interpretação. Neste sentido, disserta Caitlin Mulholland⁶⁷.

Acerca de nosso tema, os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil estabelecem que:

Art. 3:103. Causas alternativas

(1) No caso de existirem várias actividades, sendo que cada uma delas, por si só, teria sido suficiente para produzir o dano, mas em que persiste incerteza sobre qual

⁶⁵ Acerca da *market share liability* vide item 1.4.2. do presente trabalho.

⁶⁶ Princípios apresentados em uma conferência pública em 19 e 20 de maio de 2005, em Viena – conforme consulta ao site <http://civil.udg.edu/php//index.php?id=129>, acessado em 11/06/2014.

⁶⁷ CAITLIN MULHOLLAND, *Alternative causation...*, cit., p.4, nota 7.

efectivamente o causou, cada uma será considerada como causa do dano até ao limite correspondente à probabilidade de o ter causado.

Nos termos acima, os referidos princípios determinam que, havendo causalidade alternativa, os prováveis lesantes deverão ser considerados como causadores do dano desde que pudessem, cada um deles, por si só, causar a lesão.

Ainda, no dispositivo acima transcrito a responsabilidade será limitada à probabilidade da ação ter sido a efetiva causa. Destarte, entendemos que a determinação deste limite, na forma estipulada pelos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil, não descarta o acolhimento parcial da teoria do *market share liability* adotada nos Estados Unidos⁶⁸ no que tange à repartição da responsabilidade com base na quota de mercado. Afinal, a probabilidade da ação ter sido a efetiva causa poderá ser medida por meio da quota de mercado que cada provável lesante possui.

Os subsídios de interpretação discutidos no presente item serão de grande valia para a solução preconizada para o nosso problema – trazida no tópico 3 do presente trabalho.

3. SOLUÇÃO PRECONIZADA

Ultrapassado o estudo realizado no decorrer do tópico 2, passamos adiante a defender nosso ponto de vista acerca da solução final para a nossa problemática.

Inicialmente, reforçamos que nenhuma das vias supra analisadas são capazes, por si só, de resolver nossa problemática. No entanto, como vimos, alguns pontos trazidos por elas permite-nos construir uma solução mesclada.

Em primeira linha, colocamos nosso entendimento de que para imputação de responsabilidade civil aos prováveis causadores do dano componentes de um grupo é necessário partir da ideia de que o nexo de causalidade pode se dar por estabelecido se, além de outros requisitos que veremos abaixo, a conduta dos mesmos tiver como resultado um verdadeiro risco ao lesado ou o aumento efetivo de um risco já existente para produção da lesão ocorrida.

⁶⁸ Acerca da teoria do *market share liability* vide o item 1.4.2. em nosso trabalho.

Existe sempre um dever geral de prevenção do risco – também denominado como deveres do tráfego –, que deve ser cumprido, sob pena do indivíduo ser responsabilizado civilmente.

Certamente que condutas que revelem este tipo de resultado não são indiferentes ao dano ocorrido, haja vista que colocam a vítima em um círculo de perigo ou agravam a situação do lesado num círculo já existente. A imputação da responsabilidade civil deverá ser baseada neste facto.

Entretanto, frisamos que o nexo causal estabelecido na forma acima poderá ser afastado se o provável lesante comprovar que não é o efetivo causador do dano ou que sua conduta não é passível de gerar um risco efetivo – seja porque foram tomadas todas as providências exigidas e suficientes para evitar o risco ou porque a conduta não possui características suficientes e capazes de produzir o dano.

Ainda, o facto da conduta do grupo ter, com grande probabilidade, causado o dano cumpre com o estipulado no artigo 563º do Código Civil – o qual evidencia que para haver nexo de causalidade tem que ser comprovado que havia uma **probabilidade** da conduta originar a lesão.

Todo o entendimento acima não afronta a teoria da causalidade adequada – a qual é largamente admitida pelos tribunais portugueses –, bem como está em consonância com os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil elaborados pelo Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (EGTL – European Group on Tort Law)⁶⁹.

Também, no que tange à execução de atividades perigosas, como afirmamos no tópico 2.3.5., o artigo 493º/2 do Código Civil pode ser trazido para nossa solução por meio do uso da interpretação extensiva. Isto é, devemos interpretar o dispositivo no sentido que todos aqueles que executarem uma atividade perigosa ficam obrigados a reparar os lesados, **salvo se comprovarem que não são os efetivos causadores do dano ou que tenham empregado todas as providências exigidas pelas circunstâncias para evitá-los.**

Ainda, nos termos já colocados no tópico 2.3.6. de nosso trabalho, Vaz Serra, nos estudos preparatórios do Código Civil, apresentou solução similar a que ora propomos. Para o autor, o artigo 497º do Código Civil deveria conter em sua redação uma disposição no sentido de que *se um dano foi causado no decurso de uma acção conjunta perigosa, embora não ilícita, não podendo saber-se quem foi o autor efectivo dele, presume-se a culpa do mesmo dano dos que tenham culposamente participado nessa acção.*

⁶⁹ Vide tópicos 2.1. e 2.4. do presente trabalho nos quais aprofundamos esta discussão.

Como dissemos, o legislador não adotou a redação sugerida por Vaz Serra. No entanto, entendemos que a solução também não foi descartada com a redação final, devendo, portanto, este elemento histórico ser utilizado na interpretação do artigo 497º.

Um outro ponto que se coloca na solução que ora preconizamos, bem como na solução redigida por Vaz Serra, é o que devemos entender por grupo ou ação conjunta. Nossa opinião é a de que, sob pena da solução proposta se tornar ineficaz, o grupo é formado não necessariamente de maneira formal e consciente, mas sim por razões de facto que assim revelem. Isto é, aqueles que de alguma forma possam ser vinculados por suas condutas, independentemente de ter havido ou não acordo entre eles para atuação, devem ser tidos como grupo. Por exemplo, os fabricantes de determinado produto podem ser considerados como grupo por atuarem no mesmo meio – haja vista que a abertura de mercado por um poderá ser aproveitada por outro, o *merchandising* realizado por um acerca das vantagens do produto poderá beneficiar ao outro e etc..

É importante que o lesado delimite, de forma prudente, o grupo de possíveis responsáveis. Nas palavras de Calvão da Silva⁷⁰, *se o lesado foi adquirindo o medicamento em várias farmácias fornecidas pelos dez produtores, todos eles são potenciais responsáveis: o risco criado por cada um é susceptível de constituir a causa real e concreta dos danos, não se afigurando conforme à razão prática e à razão jurídica que A não possa levá-los à conta daqueles pelo simples facto de não ser individualizável o produtor específico. Já se a vítima foi adquirindo o medicamento sempre na mesma farmácia, fornecida apenas por dois produtores, os potenciais responsáveis são tão-somente estes dois, pois apenas a eles são imputáveis os danos ocorridos na medida em que só o risco criado pelos mesmos é susceptível de ter passado a acto concreto causador da afecção sofrida. Nesta hipótese, não faria sentido nem se coadunaria com a teoria da causalidade responsabilizar os dez laboratórios de acordo com as suas quotas de mercado (...) uma vez que o risco abstrato criado pelos outros oito não se materializou em dano, no caso concreto.*

O referido artigo 497º do Código Civil também regula acerca da forma como a responsabilidade será atribuída. Não nos resta dúvida que a responsabilidade entre os responsáveis é solidária. Ainda, quando o grupo de prováveis lesantes for composto por empresas e o lesado for um consumidor, o direito de regresso previsto no número 2 do dispositivo poderá ser realizado conforme a quota de mercado que cada empresa possuir no mercado.

⁷⁰ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil...*, cit., p. 583.

Destarte, em suma, a solução final que defendemos para o nosso problema é que **caso não seja conhecido o efetivo causador do dano, o grupo que atuar em uma ação que gere ou acresça um risco efetivo, colocando o lesado em um círculo de risco, responderá solidariamente pela lesão que a conduta é apta a causar, salvo se provar que: 1) não é o efetivo causador do dano; ou 2) o risco criado não é suficiente e capaz de produzir o dano, seja porque foram tomadas todas as providências exigidas e suficientes para evitar o risco ou porque a conduta não possui características suficientes e capazes de produzir o dano.**

Por fim, embora não seja efetivamente uma solução para o nosso tema, esclarecemos que o sistema de prova nos casos de causalidade alternativa poderá sofrer algumas exceções afim de sanar as dificuldades de prova e a produção da *probatio diabólica*.

Entendemos que, diante do que foi estudado no presente trabalho⁷¹, é possível haver a aceitação da redução do grau da prova. Para estes casos, o juiz poderá ter em conta uma prova de mera justificação, isto é, o facto poderá ser considerado provado em razão de uma verosimilhança demonstrada, de uma convicção formada por probabilidade.

Conforme já dissemos no momento que aprofundamos acerca da prova, a mera justificação somente deverá ser aceita nos casos previstos em lei. Desta forma, justificamos que esta redução do grau de prova poderá se dar mediante aplicação analógica (*analogia legis*) do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, relativo à responsabilidade civil no direito ambiental, o qual preceitua que deverá ser provada a probabilidade da ação ser apta a produzir o dano.

Ainda com relação a prova, já concluímos também que o juiz poderá inverter o *onus probandi* como sanção à afronta do princípio de cooperação (consagrado no artigo 417º/2 do Código de Processo Civil), se o juiz ordenar certas diligências tendo como intuito a descoberta da verdade e a verificação do nexo de causalidade e a parte recusar-se a colaborar com as diligências, levando à inviabilização de provas concernentes ao nexo causal.

4. CONCLUSÃO

Após tudo o que foi apresentado em nossos estudos, concluímos que existe uma solução para o problema da causalidade alternativa com a possibilidade de imputação de

⁷¹ Vide tópico 2.2. do presente trabalho.

responsabilidade civil a um grupo determinado de prováveis lesantes que tenha atuado de forma a produzir um risco, bem como a aplicação de um sistema de prova diferenciado, na forma que discorremos no tópico acima.

Sustentamos que o grupo determinado de prováveis lesantes deve indenizar a vítima diante de um cenário no qual: 1) é demonstrada pelo lesado, de forma inequívoca, a certeza de que dentro de um determinado grupo está o efetivo lesante; 2) tais possíveis lesantes geraram uma situação de risco para que a vítima sofresse a lesão; 3) há grande dificuldade (ou mesmo impossibilidade) do lesado identificar quem é o autor do dano; e que 4) em contrapartida, entende-se que os prováveis lesantes se encontram em melhores condições de fazer prova caso não sejam os causadores do dano.

Embora tenhamos encontrado posicionamentos importantes e respeitáveis contrários⁷², entendemos que a solução apresentada corresponde a concepção do Direito em nossa atual sociedade e prima por decisões materiais mais justas. Negar a possibilidade ao lesado de ser ressarcido dos danos em razão de uma lacuna em nosso sistema jurídico e de uma comprovada e indiscutível dificuldade de prova, seria como negar o direito à tutela equitativa consagrado pela CRP em seu artigo 20º/4.

Acreditamos, ainda, que a imputação de responsabilidade, de forma solidária, a todo o grupo criador do risco não gera injustiça haja vista que estes expuseram, de alguma forma, a vítima ao perigo de dano. Ou seja, a atribuição de responsabilidade civil aos prováveis lesantes não corresponderia a condenação de inocentes, haja vista que os mesmos agiram e trouxeram para o lesado a hipótese de sofrer o dano, isto é, inseriram-na em um círculo de risco.

Deixamos, por fim, algumas palavras de Karl Larenz⁷³ que descrevem o espírito da solução preconizada ao fim de nosso trabalho: *É lícito supor na lei a tendência para possibilitar soluções que satisfaçam a justiça. O juiz civil entende por uma resolução «justa» do caso aquela que dê conta do interesse legítimo de ambas as partes, estabelecendo uma ponderação equilibrada dos interesses e que, por isso, pode ser aceite por cada uma das partes, na medida em que também considera adequadamente o interesse da parte contrária. Mesmo que esta meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem mora.*

⁷² Tais como Pereira Coelho e Menezes Cordeiro, como já citado no decorrer do trabalho.

⁷³ KARL LARENZ, *Metodologia da ...*, cit., p. 419.

5. BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª edição (revista), Almedina, Coimbra, 1999.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Liberdade vs. Responsabilidade: A Precaução como fundamento da imputação delitual? – Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2006.

CALHEIROS, Clara, *Presunções e verdade processual in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Edwald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, ISBN 978-972-40-4996-0.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1998, ISBN 972-40-1118-6.

O nexo de causalidade na responsabilidade civil in Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Suplemento IX, Ano 1959.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I: Parte Geral, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2005.

Tratado de Direito Civil Português, II: Direito das Obrigações, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2009.

Tratado de Direito Civil Português, II: Direito das Obrigações, Tomo III: Gestão de Negócios, Enriquecimento Sem Causa, Responsabilidade Civil, Almedina, Coimbra, 2010.

Tratado de Direito Civil Português, 1º volume: Introdução, Fontes do Direito, Interpretação da Lei, Aplicação das Leis no Tempo, Doutrina Geral, 4ª edição reformulada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012.

Direito das Obrigações, 2º volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994.

CUNHA, M. Conceição Ferreira da, *Vida Contra a Vida – Conflitos Existenciais e Limites do Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010.

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume I, 2ª edição revista e ampliada, 3ª reimpressão da edição de 1998, Almedina, Coimbra, 2010.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações – Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

LIMA, Pires / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1º a 761º), 4ª Edição Revista e Atualizada (com colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 1987.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e o ao Discurso Legitimador*, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1994.

Lições de Direito Internacional Privado, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1992.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde, *Estudos Sobre a Responsabilidade Civil – I – Introdução; II – Responsabilidade por Culpa, Responsabilidade Objectiva, Seguro de Acidentes; (propostas*

de alteração dos artigos 503º a 508º do Código Civil e ao Decreto-Lei n.º 408/79, de 25 de Setembro; considerações em torna da criação de um seguro social de acidentes de trabalho e de trânsito), Coimbra, 1983.

MULHOLLAND, Caitlin, *Alternative causation, unidentifiable tortfeasors, and group liability: a case study in* Revista Eletrônica de Direito Civil – civilística.com, a.2.n3.2013, disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Alternative-causation-civilistica.com-a.2.n.3.20121.pdf>.

MÚRIAS, Pedro Ferreira Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*, Lex, Lisboa, 2000.

NUNES, Manuel Rosário, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Almedina, Coimbra, 2005.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007.

A prova do nexo de causalidade na lei de responsabilidade ambiental in Temas de Direito do Ambiente, Cadernos O Direito, n.º 6 (2011), Almedina.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª edição revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2002.

Registo da Prova: a motivação das sentenças civis no âmbito da reforma do processo civil e as garantias fundamentais do cidadão, LEX, Lisboa, 1996.

REGO, CALOS LOPES DO, *comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 1993 in* Revista do Ministério Público, número 58 (1994).

RODRIGUES, Fernando Pereira Rodrigues, *A Prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – Volume 4*, 20ª edição, revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), Editora Saraiva, São Paulo, 2003, ISBN 85-02-04377-3.

SAMPAIO, Francisco José Marques, *Evolução da Responsabilidade Civil e Reparação de Danos Ambientais*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Estudos – Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção in Boletim do Ministério da Justiça*, 084, ano 1959.

Estudos – Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual in Boletim do Ministério da Justiça, 085, ano 1959.

Estudos – Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou atividades in Boletim do Ministério da Justiça, 085, ano 1959.

Estudos – Requisitos da responsabilidade civil in Boletim do Ministério da Justiça, 092, ano 1960.

Estudos – Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas) in Boletim do Ministério da Justiça, 090, ano 1959.

SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990.

SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995.

Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica in Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, Lisboa 1996.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição revista e atualizada (8ª reimpressão da 10ª edição de 2000), Almedina, Coimbra, 2011.